

Sygn. akt XVII AmT 44/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Witold Rękosiewicz

Protokolant: sekretarz sądowy Iwona Hutnik

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania: (...) S.A. (dawniej (...) S.A.) w W.

przeciwko: Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

zainteresowany: (...) S.A. z/s w G.

o zmianę umowy

na skutek odwołania powoda

od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z dnia 20 maja 2011r. znak (...)

I. Zmienia zaskarżoną decyzję w zakresie objętym odwołaniem poprzez nadanie jej w punkcie I. następującej treści:

„ 17. Usługi zakończenia w sieci (...)

1) Stawki za zakończenie połączeń w sieci (...) Zakończenie strefowe połączenia

dla poszczególnych PSS ustala się następująco:

a) Do dnia 30 czerwca 2011 r. w wysokości 155 % opłaty za zakańczanie

połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2, O3,wskazanej w tabeli nr 25 Umowy.

b) Od dnia 1 lipca 2011 r. w wysokości 146 % opłaty za zakańczanie połączeń

strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.

c) Od dnia 1 stycznia 2012 r. w wysokości 137 % opłaty za zakańczanie połączeń

strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.

d) Od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 127 % opłaty za zakańczanie połączeń

strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.

- e) Od dnia 1 stycznia 2013 r. w wysokości 118 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- f) Od dnia 1 lipca 2013 r. w wysokości 109 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- g) Od dnia 1 stycznia 2014 r. w wysokości 100 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- 2) Stawki za zakończenie połączeń w sieci (...) Zakończenie połączenia w SN dla poszczególnych PSS ustala się następująco:
- a) Do dnia 30 czerwca 2011 r. w wysokości 155 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2, O3,wskazanej w tabeli nr 25 Umowy.
- b) Od dnia 1 lipca 2011 r. w wysokości 146 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- c) Od dnia 1 stycznia 2012 r. w wysokości 137 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- d) Od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 127 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- e) Od dnia 1 stycznia 2013 r. w wysokości 118 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- f) Od dnia 1 lipca 2013 r. w wysokości 109 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.
- g) Od dnia 1 stycznia 2014 r. w wysokości 100 % opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresie taryfikacyjnym O1,O2,O3, wskazanej w Tabeli nr 25 Umowy.”

II. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

III. Zasadza na rzecz (...) S.A. z/s w W. od :

a) Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

b) (...) S.A. z/s w G.

kwoty po 770 zł (siedemset siedemdziesiąt) tytułem kosztów postępowania.

SSO Witold Rękosiewicz.

Sygn. akt XVII AmT 44/11

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany), po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w G. (dalej (...), zainteresowany) o wydanie decyzji zmieniającej Umowę o połączeniu sieci z dnia 8 sierpnia 2006 r. zawartej pomiędzy (...) a (...) S.A. z siedzibą w W. obecnie (...) S.A. (dalej (...), powód), w zakresie dostosowania warunków współpracy do warunków Informacji (...) w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm. – dalej Pt) wydał w dniu 20 maja 2011 r. decyzję nr (...), którą zmienił postanowienia Umowy o połączeniu sieci w określonym decyzją zakresie.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu.

(...) S.A. w złożonym odwołaniu zaskarżyła decyzję Prezesa UKE w części, tj. w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w pkt I. decyzji.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

1) art. 8, 11 i 107 kpa w zw. z art. 206 ust. 1 Pt poprzez wprowadzenie przedmiotową decyzją asymetrii stawek za zakończenie połączeń w sieci (...) w porównaniu ze stawkami za zakończenie połączeń w sieci (...), w sposób niezgodny ze „Stanowiskiem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych” z dnia 16 grudnia 2008 r. (Stanowisko) oraz Zaleceniami KE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Zalecenia KE) oraz poprzez niewyjaśnienie w treści uzasadnienia decyzji podstaw i przesłanek wysokości faktycznie wprowadzonych stawek;

2) art. 28 ust. 1 pkt 4 i 5c Pt poprzez faktyczne nieuwzględnienie przy wydawaniu decyzji charakteru zaistniałych kwestii spornych dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego oraz przyjęcie przesłanki zapewnienia rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych jako zasadniczej przesłanki wprowadzenia asymetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) w sytuacji, gdy zarówno z powołanego Stanowiska, jak również Zaleceń KE wynika, że utrzymywanie asymetrii przesłankom tym przeczy.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o:

1. zmianę decyzji w pkt I w zakresie opłat za zakończenie połączeń w sieci (...) poprzez ustalenie stawek symetrycznych do opłat należnych (...) w drodze nadania pkt I. zaskarżonej Decyzji następującej treści: „I. Zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób: W Rozdziale IV Części Finansowej Umowy, art. 3 - Opłaty za ruch międzysieciowy w ust. 17:

1) pkt 1 i 2 otrzymują, brzmienie:

„ Stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...) Zakończanie strefowe połączenia poszczególnych PSS oraz Zakończenie połączenia w SN dla poszczególnych PSS ustala się w wysokości opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w okresach taryfikacyjnych O1, O2 i O3 określonej w Tabeli nr 25 Umowy”.

2. na wypadek nieuwzględnienia przez Sąd wymienionego w pkt 1 wniosku, wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji w sposób przedstawiony w odwołaniu w dwóch alternatywnych wersjach,

3. zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania powód powołał się na treść Stanowiska, w którym Prezes UKE przedstawił harmonogram dochodzenia do symetrii stawek za zakańczanie połączeń głosowych w publicznych stacjonarnych sieciach telefonicznych (stawka FTR). Wskazał, że celem publikacji harmonogramu było całkowite wyeliminowanie istniejącej na korzyść operatorów alternatywnych asymetrii poprzez ich stopniową redukcję zgodnie ze ścieżką dojścia przedstawioną w Stanowisku i wprowadzenie od 1 stycznia 2014 r. symetrycznych stawek FTR we wzajemnych rozliczeniach z tego tytułu pomiędzy (...) i operatorami alternatywnymi w umowach bilateralnych. Z tego względu w odwołaniu wnosi o ustalenie symetrycznych stawek za zakańczanie połączeń w sieci stacjonarnej (...) w rozliczeniach pomiędzy (...) i (...).

Zdaniem (...) za natychmiastowym wprowadzeniem symetrycznych stawek FTR we wzajemnych rozliczeniach między powodem i zainteresowanym przemawiają ustalenia faktyczne sprawy, uregulowania wspólnotowe, Zalecenia KE, w których stwierdzono, że Krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora, co oznacza, że stawki te powinny być symetryczne.

Powód przytoczył również zapisy Porozumienia zawartego między (...) i UKE w dniu 22 października 2009 r., w którym strony potwierdziły przyjęcie harmonogramu redukcji asymetrii stawek FTR określonego w Stanowisku. Stwierdził, że za wprowadzeniem symetrii stawek przemawia regulacja wspólnotowa i praktyka Komisji Europejskiej, według której symetria stawek FTR wspierałaby efektywność, zrównoważoną konkurencję i zmaksymalizowałaby korzyści dla konsumentów w zakresie oferowanych cen i usług. (...) wskazała, że zdaniem KE czasowa asymetria stawek za zakańczanie połączeń w sieci dopuszczalna jest jedynie w wyjątkowych okolicznościach i tylko w odniesieniu do stawek w sieciach mobilnych (stawka MTR) a zaskarżona decyzja dotyczy sieci telefonii stacjonarnej, w której nie występują przesłanki dla wprowadzenia asymetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieci, ponieważ nie występują obiektywne różnice kosztów pozostających poza kontrolą operatorów. Powód wskazał, że (...) nie jest nowym podmiotem na rynku łączności ruchomej, a tylko wobec takich przedsiębiorców KE dopuszcza asymetrię stawek.

W ocenie (...) przy wydawaniu zaskarżonej decyzji należało również uwzględnić pozycję zajmowaną przez operatorów ((...)) i (...) na rynku zakańczania połączeń w ich sieci. Pozycje te są równe, a każda strona posiada 100% udziałów w rynku.

Powód zwrócił również uwagę na wprowadzenie przez Prezesa UKE w zaskarżonej decyzji asymetrii w wymiarze procentowym i dodatkowo przy zastosowaniu jednej, najwyższej stawki rozliczeń właściwej dla okresu taryfikacyjnego O1. Takie rozwiązanie zdaniem (...) pogłębia jeszcze poziom asymetrii i nie doprowadzi do jej pełnego zredukowania. Nie zgodził się z argumentacją Prezesa UKE, że ruch telekomunikacyjny stopniowo ulega równomiernemu rozłożeniu w cyklu dobowym, co prowadzi do braku celowości w wyróżnianiu poszczególnych okresów taryfikacyjnych. Stwierdził, iż w rzeczywistości dobowy rozkład ruchu w poszczególnych miesiącach charakteryzuje się dużą zmiennością. Przytoczył stanowisko Prezesa UKE przedstawione w uzasadnieniu decyzji zatwierdzającej Ofertę (...), w którym stwierdzono, że rozkład ruchu kształtuje się różnie w zależności od pory dnia i dnia tygodnia, co uzasadnia konieczność różnicowania stawek za zakańczanie i rozpoczynanie połączeń w podziale na okresy taryfikacyjne.

Za celowościową wyróżnienia okresów taryfikacyjnych przemawia również podział występujący w Ofercie R. (...) i Ofercie (...) zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE z września 2010 r. Świadczy to, iż Prezes UKE również uznaje zasadność utrzymania trzech okresów taryfikacyjnych, a pozostawienie trzech okresów taryfikacyjnych tylko po jednej stronie umowy jest przejawem braku konsekwencji Organu. Przyjęte w zaskarżonej decyzji rozstrzygnięcie powód ocenił jako niezgodne z własnym stanowiskiem Prezesa UKE.

(...) zaznaczyła ponadto, że trzy okresy taryfikacyjne stosowane są powszechnie w obowiązujących umowach międzyoperatorskich.

Zdaniem powoda z przedstawionych okoliczności wynika, że wybieranie jednego okresu taryfikacyjnego dla regulacji opłaty na rynku zakańczania połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych jest niedopuszczalne.

W ocenie (...) wprowadzenie asymetrii stawek w rozliczeniach z (...) jest sprzeczne z przesłanką zapewnienia rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych. Nie wpłynie na rozwój konkurencji a wręcz ją blokuje poprzez wprowadzenie znacznej dysproporcji w rozliczeniach między (...) a (...).

Ponadto, zdaniem powoda nieuwzględnienie przez pozwanego przy wydawaniu zaskarżonej decyzji stanowiska przedstawionego przez (...) w toku postępowania, które było zgodne ze stanowiskiem KE, oraz dotychczasowym stanowiskiem pozwanego świadczy o nieuwzględnieniu przy wydawaniu decyzji przesłanki charakteru zaistniałych kwestii spornych dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego.

Powód dodał, że jedynie na wypadek nieuwzględnienia przez Sąd wniosku o wprowadzenie symetrycznego modelu rozliczeń stawki FTR z (...) wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji w sposób podany w dwóch wariantach, poprzez określenie poziomu asymetrii zgodnego ze Stanowiskiem Prezesa UKE z 16 grudnia 2008 r. z zachowaniem podziału na trzy okresy taryfikacyjne i zgodnie z obowiązującą ofertą (...).

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wskazał, że celem postępowania prowadzonego przed sądem powszechnym jest merytoryczne rozstrzygnięcie sporu powstałego między stronami dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa UKE a nie przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego. Powołując się na utrwalone orzecznictwo zauważył, że wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna od początku cywilne, rozpoznawcze i pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe. Sąd w cywilnym postępowaniu kontradiktoryjnym przeprowadza własne dowody i dokonuje własnych ustaleń niezależnie od ustaleń organu administracyjnego oraz władny jest wydać orzeczenie merytoryczne. Powołując fragmenty orzeczenia Sądu Najwyższego pozwany stwierdził, że ewentualne uchybienia zaistniałe w postępowaniu administracyjnym nie są przedmiotem oceny Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) ponieważ ten sąd jest zobowiązany do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy przy uwzględnieniu ciężaru dowodu i obowiązków stron w postępowaniu sądowym. Prezes UKE dodał, że postępowanie sądowe nie jest kolejną instancją postępowania administracyjnego a odwołanie otwiera drogę do instancyjnego postępowania cywilnego o charakterze kontradiktoryjnym.

Na tej podstawie Prezes UKE uznał, że zarzuty (...) dotyczące naruszenia przepisów postępowania administracyjnego są nieskuteczne i nie zasługują na uwzględnienie przez SOKiK.

Zarzut niedokładnego wyjaśnienia stanu sprawy i rozpatrzenia całości materiału dowodowego pozwany ocenił jako chybiony. Zauważył, że zaskarżona decyzja zawierała wskazanie faktów, które Prezes UKE uznał za udowodnione oraz tych, na których oparł decyzję. W uzasadnieniu zajął stanowisko wobec całego materiału dowodowego i wyjaśnił przesłanki, którymi się kierował przy formułowaniu rozstrzygnięcia.

Pozwany nie zgodził się również z zarzutem, iż wprowadzenie zaskarżoną decyzją asymetrycznych stawek FTR w sieci (...) w porównaniu ze stawkami (...) jest niezgodne ze Stanowiskiem Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008r. oraz Zaleceniami KE z dnia 7 maja 2009r. Za bezpodstawne uznał też twierdzenie, że możliwość okresowej asymetrii stawek dotyczy jedynie operatorów wchodzących a nie już działających na rynku. Zaznaczył, że zgodnie ze Stanowiskiem harmonogram dochodzenia do symetrii stawek dotyczy zarówno operatorów funkcjonujących jak i wchodzących. Wprowadzone decyzją zmiany umowy zapewnią (...) możliwość pełnoprawnego konkurowania i uzyskania niedyskryminujących warunków dostępu do sieci (...) w aspekcie ekonomicznym na zasadach porównywalnych do przysługujących innym podobnym operatorom. Pozwany oświadczył, że przy wydawaniu decyzji kierował się przesłankami wynikającymi z art. 28 ust. 1 pkt 4 i pkt 5 lit b i c. Uwzględnił też politykę regulacyjną w tym zakresie sprecyzowaną w Stanowisku.

Podkreślił, że w większości państw na operatora zasiedzialego zostały nałożone bardziej restrykcyjne obowiązki a stawki asymetryczne w sieciach stacjonarnych są w Europie dominujące, co uzasadnił potrzebą promowania nowych

i mniejszych operatorów i faktem, że operator alternatywny nie jest zdolny do uzyskania równie dużej jak operator zasiedziały, korzyści skali. Powołał się też na stanowisko Europejskiej Grupy Regulatorów dotyczące asymetrii stawek FTR, zgodnie z którym natychmiastowe przyjęcie symetrii stawek nie jest uzasadnione, a wprowadzenie okresu przejściowego umożliwi operatorom wchodzącym osiągnięcie odpowiedniego poziomu efektywności.

Wskazał ponadto, że Zalecenia KE nie mają charakteru wiążącego w stosunku do organów krajowych i w nawiązaniu do tego na stanowisko SOKiK wyrażone w nieprawomocnym wyroku z dnia 13 września 2011 r. sygn. akt XVII AmT 23/11 dotyczące mocy wiążącej Zaleceń KE w stosunku do sądów krajowych.

Pozwany powołał się także na ustalenia Raportu o stanie rynku w Polsce w 2009 r., z którego wynika, że na terenie kraju działa jeden duży operator (...) S.A. i spora liczba mniejszych operatorów, których udział w rynku nie przekracza 29 %. Mimo nałożenia na (...) obowiązków regulacyjnych pozycja powoda jest nadal silna i okoliczności tej, zdaniem Prezesa UKE, nie można pominąć. Z tej przyczyny nie można było uwzględnić w decyzji postulatu (...) wprowadzenia symetrycznego modelu rozliczeń za zakańczanie połączeń, ponieważ nakładałoby to na innych operatorów obowiązek ustalania stawki FTR po kosztach jakie ponosi (...). Pozwany zauważył, że na innych operatorów telefonii stacjonarnej nie zostały nałożone obowiązki regulacyjne dotyczące kosztowej orientacji cen, o których mowa w art. 39 i 40 Pt.

Za chybione uznał Prezes UKE zarzuty powoda dotyczące powołanych w decyzji ustaleń w zakresie rozłożenia ruchu telekomunikacyjnego w sieci. Stwierdził, iż z zebranych informacji wynika, że w relacjach między (...) a operatorami alternatywnymi ruch telekomunikacyjny był największy w okresie taryfikacyjnym O1. Zdaniem pozwanego oznacza to, że ruch telekomunikacyjny ulega spłaszczeniu a w zaskarżonej decyzji właściwe było przyjęcie stawki FTR na poziomie O1 jako najbardziej reprezentatywnej i odzwierciedlającej obecną sytuację rynkową. Zarzuty powoda dotyczące błędnie przyjętego w zaskarżonej decyzji modelu rozłożenia ruchu telekomunikacyjnego z sieci (...) do sieci (...) i odwrotnie uznał pozwany za chybione. Zauważył, że w każdym przypadku udział ruchu telekomunikacyjnego w okresie taryfikacyjnym O1 był większy niż w pozostałych okresach taryfikacyjnych. Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że przyjęcie w decyzji stawki O1 najbardziej odzwierciedla istniejącą sytuację rynkową.

Odnosnie żądania (...) wprowadzenia symetrycznych stawek dla zainteresowanego pozwany wskazał, że jest ono sprzeczne z obowiązkami regulacyjnymi nałożonymi na (...) w decyzji z dnia 10 października 2007 r., którą Prezes UKE jest związany i musiał brać pod uwagę przy wydawaniu zaskarżonej decyzji. Zaznaczył, że ma (...) nie zostały nałożone obowiązki regulacyjne określone w art. 39 – 40 Pt w zakresie kalkulacji kosztów i opierania opłat na kosztach, oraz obowiązki stosowania ofert ramowych. Brak więc podstaw do nałożenia na (...) obowiązku natychmiastowego stosowania stawek FTR w oparciu o koszty ponoszone przez (...) i stosowania okresów taryfikacyjnych wprowadzonych w związku z nałożonymi na (...) obowiązkami regulacyjnymi.

Podkreślił, że wprowadzona zaskarżoną decyzją asymetria stawek FTR w rozliczeniach pomiędzy (...) a (...) dała zainteresowanemu możliwość skuteczniejszego i efektywniejszego konkurowania z ofertami detalicznymi innych operatorów (w tym z (...)) i umożliwiła rozliczanie się na podobnych warunkach ekonomicznych z operatorem stacjonarnym mającym największy udział w rynku.

Zainteresowany (...) S.A. w G. także wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zarzuty odwołania uznał za niezasługujące na uwzględnienie. Stwierdził, że Stanowisko i Zalecenia KE nie mają mocy wiążącej, w związku z tym nie zarzut zachowania się przez Prezesa UKE w sposób niezgodny z tymi dokumentami jest nie skuteczny. Jako prawidłowe uznał ustalenie przez Prezesa UKE asymetrii w oparciu o stawkę FTR obowiązującą w ofercie ramowej (...) zatwierdzonej przez pozwanego. Umożliwi to ustalenie jednolitych stawek dla wszystkich operatorów alternatywnych. Za niezasadne (...) uznała zarzuty powoda dotyczące wprowadzenia w decyzji płaskiej stawki do rozliczeń niezależnie od okresu taryfikacyjnego. Zainteresowany wskazał, że (...) kalkuluje koszty w oparciu o przedstawione przez siebie i zatwierdzone przez Prezesa UKE dokumenty, z których wynika konieczność wyodrębnienia trzech okresów taryfikacyjnych. Przyjęcie modelu płaskiej stawki wymagałoby, zdaniem (...), zmiany instrukcji i modelu kalkulacji kosztów, co nie zostało przeprowadzone. Podkreślił, że pomiędzy (...) a (...) istnieje asymetria w zakresie nałożonych obowiązków regulacyjnych. Powołał się na decyzję Prezesa UKE,

wydaną wobec (...) S.A., ustalającą w podobny sposób zasady wzajemnych rozliczeń z (...), w przypadku której, po zawarciu porozumienia z Prezesem UKE powód cofnął odwołanie.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2011 r. powód odniósł się do złożonej przez Prezesa UKE odpowiedzi na odwołanie. Nie zgodził się ze stanowiskiem pozwanego o niedopuszczalności zarzutów naruszenia przepisów kpa. Powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 20 września 2005 r. sygn. akt III SZP 2/2005 (LexPolonica nr 387556), w którym wskazano na możliwość oceny decyzji przez SOKiK w postępowaniu odwoławczym pod kątem zgodności z przepisami kpa. Powód podkreślił, iż kwestionowane naruszenie polegało na nieuwzględnieniu przy wydawaniu zaskarżonej decyzji własnych stanowisk Organu, opublikowanych i przywołanych przez pozwanego jako przesłanka wydania zaskarżonej decyzji. Zarzucane naruszenia polegały więc na niewyjaśnieniu przesłanek faktycznych i prawnych wydanej decyzji, a szczególnie niewyjaśnieniu przyczyn nieuwzględnienia w decyzji przez Prezesa UKE nawet własnego Stanowiska.

Powód podtrzymał zarzuty odwołania dotyczące niezgodności decyzji z Zaleceniami KE z 7 maja 2009 r. wraz z przedstawioną w tym zakresie argumentacją. Powołał się na Uwagi KE w sprawach notyfikowanych projektów decyzji Prezesa UKE i wynikającą z nich zasadę implementacji ze skutkiem natychmiastowym stawek FTR, oraz możliwość stosowania okresów przejściowych tylko wyjątkowo, w stosunku do operatorów telefonii mobilnej.

Odnosząc się do argumentu pozwanego, iż na (...) nie zostały nałożone obowiązki regulacyjne określone w art. 39 – 40 Pt na podstawie powołanych wyżej Uwag KE powód wskazał, że okoliczność ta nie stanowi zakazu wprowadzenia symetrii w rozliczeniach stron za zakańczanie połączeń.

Powód podtrzymał również swoje stanowisko i argumentację w zakresie pozostałych zarzutów odwołania. Podkreślił, że (...) nie jest nowym podmiotem na rynku łączności ruchomej lecz operatorem publicznej telefonicznej sieci stacjonarnej.

Powołał się również na stanowisko Europejskiej Grupy Regulatorów (ERG), które dopuszcza możliwość asymetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych tylko w wyjątkowych przypadkach, gdy jest to uzasadnione obiektywnymi okolicznościami występującymi na rynku. Powód zarzucił, że w zaskarżonej decyzji Prezes UKE nie odniósł się do przesłanek wymienionych w stanowisku ERG, których istnienie uzasadniałoby dopuszczenie asymetrii stawek FTR w rozliczeniach (...) i (...). Nie zgodził się również z twierdzeniem Prezesa URE o powszechności asymetrii w Europie. Przedstawił zestawienie dotyczące symetrii stawek FTR w 2010 r., z którego wynika, że symetria stawek występuje w 11 państwach na ogólną liczbę 29 państw analizowanych, przy czym w latach 2010-2011 symetrię stawek miały wprowadzić jeszcze 3 państwa.

Powód ustosunkował się również do stanowiska Prezesa URE dotyczącego rozkładu ruchu w cyklu dobowym. Podkreślił, że w postępowaniu dotyczącym Oferty ramowej (...) zatwierdzonej decyzją z dnia 5 kwietnia 2011 r. nr (...) Prezes UKE ustalił stawki za zakańczanie i rozpoczynanie połączeń w podziale na trzy okresy taryfikacyjne, od których uzależnione zostało naliczanie opłat.

(...) wskazała na zasadę, zgodnie z którą za zakańczanie połączenia płaci sieć, z której inicjowane jest połączenie a stawkę opłaty ustala sieć, w której połączenie jest zakańczane. W zaskarżonej decyzji asymetria została określona na korzyść (...) i dotyczy stawek za zakańczanie połączeń w sieci tego operatora więc ustalenie asymetrii do wysokości stawki najwyższej powoduje, że poziom asymetrii realnie wzrasta.

Powód zwrócił ponadto uwagę na brak jednolitości w decyzjach Prezesa UKE w zakresie określenia harmonogramu redukcji i asymetrii stawek FTR, co również ocenił jako sprzeczne z poglądem wyrażonym przez pozwanego w Stanowisku z 16 grudnia 2008 r.

W piśmie procesowym z dnia 19 grudnia 2011 r. (...) S.A. ustosunkowała się do stanowiska (...) przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie. Powód podtrzymał przedstawioną uprzednio argumentację dotyczącą niezgodności zaskarżonej decyzji ze Stanowiskiem Prezesa UKE i Zaleceniami KE. Odnosnie twierdzeń (...) opartych na fakcie

zawarcia Porozumienia pomiędzy (...) a Prezesem UKE powód wskazał, że wobec braku charakteru wiążącego dla stron nie wywołuje ono skutków w sferze administracyjnej ani cywilnej i tym bardziej nie jest wiążące w sporze cywilnym z podmiotem trzecim jakim jest (...). Zauważył, iż w sytuacji wprowadzenia w sposób niezgodny ze Stanowiskiem KE asymetrii do umów dotyczących operatorów Komisja Europejska zgłasza zastrzeżenia do decyzji bez względu na fakt, czy na operatora nie zostały czy, jak w przypadku (...), zostały nałożone obowiązki regulacyjne.

Powód wskazał też na nietrafność stanowiska opartego na twierdzeniu o spłaszczeniu ruchu międzysieciowego w cyklu dobowym i związany z tym brak podstaw do wprowadzania jednej, najwyższej stawki rozliczeniowej, oraz konieczność uwzględnienia oprócz składników procentowych również wysokości stawek odpowiadających poszczególnym okresom rozliczeniowym. Stwierdził, że zastosowanie jednej stawki za rozliczenia przez całą dobę doprowadzi do faktycznego wzrostu asymetrii stawek i utrzymania asymetrii rozliczeń również upływie terminu obowiązywania harmonogramu dochodzenia do symetrii we wzajemnych rozliczeniach z (...).

W kolejnym piśmie procesowym z dnia 1 października 2012r. powód ponownie zauważył, że przyjęty w zaskarżonej decyzji procentowo określony poziom asymetrii w relacji do najwyższej stawki za zakończenie strefowe w sieci (...) prowadzi do faktycznego wzrostu asymetrii w porównaniu z poziomem zakładanym w Stanowisku i nie pozwoli na osiągnięcie pełnej symetrii stawek. Przedstawił stosowne obliczenia obrazujące dalszy poziom asymetrii na niekorzyść (...) i stwierdził, że w następstwie zastosowania w zaskarżonej decyzji asymetrii stawek z uwzględnieniem najwyższej stawki dla okresu taryfikacyjnego O1, w dniu 1 stycznia 2014r. nie zostanie wprowadzona w rozliczeniach stron rzeczywista symetria stawek FTR. Zarzucił, iż na skutek przyjęcia w rozliczeniach jednej stawki O1 zaskarżona decyzja wprowadza na stałe asymetrię stawek na korzyść (...) na poziomie 58 %. Zaznaczył, że zgodnie z przyjętym w zaskarżonej decyzji modelem cały ruch zakańczany w sieci (...) jest wyceniany według najwyższej stawki O1 a ruch zakańczany w sieci (...) według stawek odpowiednich dla każdego okresu taryfikacyjnego. Podtrzymując zarzut niezgodności decyzji Prezesa UKE ze Stanowiskiem z 16 grudnia 2008 r. wskazał, że przyjęte rozwiązanie nie pozwoli na osiągnięcie zakładanego w Zaleceniach stanu symetrii w rozliczeniach stron.

Powód powołał się na treść wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 10 maja 2012r. sygn. akt VI ACa 1471/11, w którym w analogicznej sprawie Sąd zmienił decyzję Prezesa UKE poprzez przyjęcie identycznej dla obu stron zasady rozliczeń z zastosowaniem stawki właściwej dla każdego okresu rozliczeniowego co doprowadzi do osiągnięcia symetrii stawek FTR w 2014r. zgodnie ze Stanowiskiem Prezesa URE.

W złożonych następnie pismach procesowych zainteresowany i powód, nawiązując do treści w/w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie podtrzymali swoje stanowiska procesowe. Zainteresowany stwierdził, że w postępowaniu odwoławczym sąd nie jest władny do zmiany zaskarżonej decyzji z uwagi na brak możliwości przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego. Wskazał, że projekt decyzji nie został notyfikowany Komisji Europejskiej i podniósł zarzut naruszenia przez Prezesa UKE art. 18 Pt. W związku z tym wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji z uwagi na wskazane naruszenie.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny :

Decyzją z dnia 10 października 2007 r. nr (...) Prezes UKE ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zajmującego na tym rynku pozycję znaczącą i nałożył obowiązki regulacyjne. Na (...) został m.in. nałożony obowiązek, o którym mowa w art. 37 Pt, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...), dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usługi oraz korzystania z sieci, a także opłat.

Realizując nałożony obowiązek (...) opublikowała w dniu 1 czerwca 2010 r. nową Informację z dnia 28 maja 2010 r. o warunkach dostępu telekomunikacyjnego do własnej sieci (Informacja (...), k. 262 akt adm.), dostosowaną do nowych

regulacji, w szczególności do Stanowiska Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych.

Pismem z dnia 14 lipca 2010 r. (k.7 akt adm.) (...) wystąpiła do (...) o rozpoczęcie negocjacji w sprawie zmiany Umowy o połączeniu sieci z dnia 8 sierpnia 2006 r. polegającej na zmianie wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieci stacjonarnej (...) (stawka FTR) poprzez dostosowanie wysokości stawki FTR do poziomu podanego w Informacji (...). W toku negocjacji stron nie doszło do zawarcia porozumienia.

W związku z tym (...) pismem z dnia 26 października 2010 r. wystąpiła do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie zmiany Umowy poprzez dostosowanie warunków współpracy między stronami do zapisów Informacji (...) w zakresie wysokości stawek FTR zgodnie z przedstawionym projektem aneksu (k.1akt adm.).

Pismem z dnia 2 listopada 2010 r. Prezes UKE zawiadomił (...) i (...) o wszczęciu postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w sposób zgodny z wnioskiem (...) i wezwał do przedstawienia stanowisk w sprawie (k.294 akt adm.).

(...) pismem z dnia 17 listopada 2010 r.(k.296 akt adm.) przestawiła stanowisko w sprawie. Nie zgodziła się na akceptację modelu rozliczeń proponowanego przez (...) wskazując, że nałożony na (...) w decyzji (...) obowiązek równego traktowania przedsiębiorców nie oznacza bezwzględnego obowiązku zmiany dotychczasowych umów dostępowych. (...) stwierdziła, że obowiązek ustalania jednakowych warunków dostępu w porównywalnych okolicznościach nie daje podstaw do wydania przez Prezesa UKE decyzji zgodnej z wnioskiem (...). Wyraziła stanowisko, że model rozliczeń z tytułu usługi zakańczania połączeń powinien być symetryczny i uwzględniać trzy okresy taryfikacyjne O1, O2 i O3. Zdaniem (...) za takim rozwiązaniem przemawia ekwiwalentność usług świadczonych wzajemnie pomiędzy (...) i (...) oraz zajmowana przez obie strony pozycja na rynku zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej, zgodnej z obszarem danej sieci. Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia wniosku w zakresie symetrii stawek FTR w rozliczeniach z (...), (...) wniosła o wydanie decyzji określającej poziom asymetrii w kolejnych latach w wysokości 20 %, 15 %, 10 %, z podziałem na trzy okresy taryfikacyjne i osiągnięciem symetrii od 1 stycznia 2014 r. Alternatywnie wniosła o określenie w decyzji modelu dochodzenia do symetrii stawek FTR zgodnego ze Stanowiskiem Prezesa UKE z dn. 16 grudnia 2008r. z zachowaniem podziału na trzy okresy taryfikacyjne w sposób wskazany w złożonym piśmie. (...) wskazała, że jej propozycja jest zgodna również z decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r. nr (...) zatwierdzającej tzw.„Ofertę (...)”, utrzymującą trzy okresy taryfikacyjne. Ponadto (...) podniosła, że w związku z wprowadzeniem przez (...) w projekcie aneksu usługi zakończenia połączenia w sieci (...) dwóch różnych usług o różnych stawkach określonych jako: Zakończenie strefowe połączenia i Zakończenie połączenia w SN w zależności od lokalizacji LPSS(M), w przypadku, gdy LPSS(M) znajduje się poza strefą numeracyjną (SN), która jest przez ten LPSS obsługiwana, (...) będzie zmuszona do ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z usługą zakończenia połączeń w sieci (...).

W związku z prowadzonym w okresie od 4 marca 2011 r. do 3 kwietnia 2011 r. postępowaniem konsultacyjnym dotyczącym projektu rozstrzygnięcia (...) i (...) przedstawiły Prezesowi UKE swoje stanowiska (k.312 i 317 akt adm.).

W piśmie prezentującym stanowisko (...) (k.312 akt adm.) zainteresowany zgodził się, że asymetria stawek FTR, o której mowa w Stanowisku Prezesa UKE z 16 grudnia 2008 r. w/s FTR może odnosić się wyłącznie do stawki z bieżącej oferty ramowej (...), określonej w Ofercie (...). Przyznał, że każde inne rozwiązanie zawierałoby wady merytoryczne i prowadziło do nadużyć np. przez sztuczne kreowanie stawek na potrzeby stworzenia asymetrii. Wskazał, że warunki rozliczeń za ruch kierowany do jej sieci, które proponował w swoim wniosku o wydanie decyzji o zmianę Umowy, oparte były na opublikowanej przez (...). Jednak wobec funkcjonowania w obrocie Stanowiska Prezesa UKE w/s FTR, które stanowi podstawę orzekania w sprawie stawek FTR zainteresowany zgodził się na implementację do Umowy modelu współpracy wynikającego wprost ze Stanowiska łącznie z przewidzianym w nim harmonogramem wygaszania asymetrii.

(...) w swoim stanowisku nie zgodziła się z argumentacją Prezesa UKE dotyczącą ustalenia stawki FTR w sieci (...) wyłącznie w oparciu o wysokość opłaty należnej (...) za zakończenie połączenia w sieci (...) właściwej dla okresu

taryfikacyjnego O1, tj. opłaty naliczanej za połączenia w dni robocze od godziny 8⁽⁰⁰⁾ do godziny 18⁽⁰⁰⁾. Wskazała, że z danych dotyczących ruchu telekomunikacyjnego wychodzącego z sieci (...) do sieci (...) wynika, iż ruch realizowany w okresie O1 jest porównywalny z ruchem realizowanym w okresie O3, więc rozkład ruchu jest odmienny od danych przyjętych przez Prezesa UKE za podstawę w projekcie decyzji. Zarzuciła, że projekt decyzji został oparty na ogólnych danych, które nie odzwierciedlają konkretnego ruchu wychodzącego z sieci (...) a zakańczanego w sieci (...). Ponadto zastosowany przez Prezesa UKE w decyzji sposób wyliczenia stawki FTR w sieci (...), opierający się wyłącznie na wysokości stawki FTR za zakańczanie połączeń w sieci (...) w okresie O1 jest niezgodny z harmonogramem przedstawionym w Stanowisku. W ostateczności (...) wniosła o określenie w decyzji modelu zgodnego ze Stanowiskiem z 16 grudnia 2008 r. z zastosowaniem podziału na trzy okresy taryfikacyjne i zgodnym z obowiązującą Ofertą (...). (...) wskazała również na zgodność swego stanowiska ze stanowiskiem Europejskiej Grupy Operatorów oraz Zaleceniami Komisji Europejskiej w kwestii wprowadzenia symetrii stawek FTR w rozliczeniach operatorów telefonii stacjonarnej. Wniosła też o uwzględnienie przy zmianie Umowy, zapowiedzianych przez Prezesa UKE w dokumencie „Stopień realizacji strategii regulacyjnej Prezesa UKE na lata 2008 – 2010 (stan na grudzień 2009 r.)” z kwietnia 2010 r. zmian Stanowiska z 16 grudnia 2008 r.

W piśmie z dnia 6 kwietnia 2011 r.(k. 319 akt adm.) Prezes UKE zawiadomił (...) i (...) o zaliczeniu do materiału dowodowego sprawy kopii następujących dokumentów:

- decyzji Prezesa UKE z 26 kwietnia 2007r. nr (...) stwierdzającej posiadanie przez (...) znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...),
- stanowiska Europejskiej Grupy Regulatorów w sprawie symetrii stawek FTR i MTR,
- Zaleceń K.E. z dnia 7 maja 2009r. odnośnie regulacji stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych i ruchomych w Unii Europejskiej ((...)),
- raportu Prezesa UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009r.

W tym samym piśmie Prezes UKE powiadomił strony o możliwości zapoznania się ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym i wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w określonym terminie od zawiadomienia.

W piśmie z dnia 11 maja 2010 r. (...), w nawiązaniu do stanowiska konsultacyjnego przedstawionego przez (...) podniosła, że ustalenie stawki FTR za zakańczanie połączeń w sieci (...) w sposób przedstawiony w projekcie decyzji powoduje faktyczne zwiększenie asymetrii między stronami i jest sprzeczne ze Stanowiskiem Prezesa UKE. W rezultacie rzeczywisty poziom asymetrii znacznie przekracza założenia harmonogramu i może prowadzić do nadużyć operatora alternatywnego i strat po stronie (...).

Na podstawie zebranego materiału dowodowego Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji Prezes UKE przyjął za podstawę rozstrzygnięcia tezę, że ruch telekomunikacyjny w poszczególnych okresach taryfikacyjnych ulega spłaszczeniu przy czym największa liczba połączeń (51 % ruchu dobowego) odbywa się w okresie O1 a pozostałe 49% ruchu rozkłada się na okresy O2 i O3. Z tej przyczyny Prezes UKE, dążąc do ujednoczenia rynku usług zakańczania połączeń w sieciach operatorów alternatywnych i biorąc pod uwagę ogólny rozkład ruchu w okresach O1, O2 i O3 nie zgodził się ze stanowiskiem (...) o konieczności uwzględnienia przy ustalaniu wysokości stawki FTR z tytułu zakańczania połączenia w sieci (...) opłat właściwych dla wszystkich trzech okresów taryfikacyjnych.

Należy zaznaczyć, że w pismach składanych w postępowaniu administracyjnym (...) wskazywała na konieczność uwzględnienia przy ustalaniu stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...), konkretnych danych o rzeczywistym rozkładzie ruchu telekomunikacyjnego pomiędzy siecią (...) a siecią (...) oraz informacji dotyczących ilości połączeń wychodzących z sieci (...) zakańczanych w sieci (...) w każdym okresie taryfikacyjnym. (...) wskazała, że rozkład tego

ruchu jest nierównomierny i w poszczególnych miesiącach charakteryzował się dużą zmiennością. Powód zaznaczył, że poziom wychodzącego z jej sieci ruchu zakańczanego w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych O1 i O3 jest porównywalny. Powoływała się na dane przedstawione w postępowaniu dotyczącym ustalenia Oferty (...) i przyjętego w niej modelu podziału taryfikacyjnego, zatwierdzonych decyzją Prezesa UKE. Przypomniała też o powszechności zastosowania tego systemu w umowach zawartych z innymi operatorami.

Z akt sprawy wynika, iż przyjęte przez Prezesa UKE założenia na temat rozkładu ruchu są oparte na ogólnych informacjach dotyczących ruchu między siecią operatora zasiedziałego i sieciami mniejszych operatorów alternatywnych. Miały charakter szacunkowy i nie odzwierciedlały danych o rzeczywistym rozkładzie ruchu pomiędzy (...) i (...) jako operatorami, których dotyczy zaskarżona decyzja. W ocenie Sądu przyjęte przez Prezesa UKE stanowisko o spłaszczeniu ruchu telekomunikacyjnego jako oparte na ogólnych informacjach o rozkładzie ruchu telekomunikacyjnego nie może stanowić podstawy do rozstrzygnięcia w sprawie indywidualnej, dotyczącej zasad rozliczeń i wysokości stawki FTR oraz redukcji stawek w umowie pomiędzy dwoma operatorami, kształtującej rozliczenia konkretnych przedsiębiorców, która takiego ogólnego charakteru nie posiada.

Wypada w tym miejscu zauważyć, że w stanowisku konsultacyjnym do projektu decyzji (...) oświadczyła, że mimo, iż wnosiła o ustalenie warunków rozliczeń w oparciu o swoją Informację, wobec funkcjonowania Stanowiska Prezesa UKE w/s FTR, stanowiącego podstawę do ustalania stawek FTR, zgadza się na zastosowanie modelu współpracy, którzy stosują już inni operatorzy alternatywni i który wynika wprost ze Stanowiska, łącznie z ustalonym w stanowisku harmonogramem odchodzenia od asymetrii stawek FTR.

Myli się więc Prezes UKE, twierdząc w uzasadnieniu decyzji na str. 10, że (...) wnioskując o zmianę stawek FTR w swojej sieci do poziomu dopuszczonego w Stanowisku domagała się jednocześnie rezygnacji wprowadzenia do Umowy harmonogramu zejścia z asymetrii, a przy wyliczeniu stawki FTR opierała się o opłatę pobieraną przez (...) za ruch telekomunikacyjny zakańczany w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym O1, wynikającą z obowiązującej oferty (...).

Z przedstawionych okoliczności wynika, że w zaskarżonej decyzji Prezes UKE w sposób dowolny traktował stanowiska przedstawione przez strony w postępowaniu konsultacyjnym. Miał do tego prawo, ale wydając zaskarżoną decyzję o treści odbiegającej od modelu wskazanego we wniosku o zmianę Umowy lub zaakceptowanego przez (...) w stanowisku konsultacyjnym Prezes UKE powinien jednak uzasadnić przyczyny swego rozstrzygnięcia i wskazać okoliczności, jakie uwzględnił przy wydawaniu decyzji.

W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji Prezes UKE nie przedstawił konkretnych danych liczbowych, pozwalających na ustalenie jak w relacjach między (...) a zainteresowanym kształtuje się rozkład ruchu zakańczanego w sieci (...). Nie udowodnił więc, że zastosowanie w decyzji płaskiej stawki rozliczeniowej w trzech okresach taryfikacyjnych było uzasadnione. Brak tych informacji oraz przyjęcie w decyzji modelu rozliczeń z zastosowaniem płaskiej stawki FTR, na podstawie ogólnych danych dotyczących ruchu międzysieciowego w relacjach (...) – sieci operatorów alternatywnych, zebranych w innym postępowaniu uzasadnia ocenę, że zaskarżona decyzja została wydana bez uwzględnienia kryteriów wymienionych w art. 28 ust.1 Pt. Zdaniem Sądu wydając decyzję kształtującą zasady rozliczeń pomiędzy dwoma konkretnymi operatorami Prezes UKE powinien przedstawić uzasadnienie dla zastosowania w rozliczeniach jednej, najwyższej stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...), szczególnie, że jej wysokość jest dwukrotnie wyższa od stawki obowiązującej w okresie taryfikacyjnym O3 za zakańczanie w sieci (...). Utrzymanie takiego rozwiązania podwyższałoby rzeczywisty poziom ustalonej asymetrii. Wykluczałoby również możliwość osiągnięcia pełnej symetrii stawek nawet po upływie okresu przejściowego, ustalonego w harmonogramie zawartym w zaskarżonej decyzji, na co trafnie powód zwracał uwagę w odwołaniu. Prowadziłoby to do utrzymania dalszej asymetrii stawek w rozliczeniach obu operatorów z uprzywilejowaniem zainteresowanego kosztem (...). W rezultacie nawet po upływie okresu przewidzianego w harmonogramie dochodzenia do symetrii stawek FTR opłata wnoszona przez (...) byłaby wyższa od opłaty ponoszonej przez (...) z tytułu świadczenia takiej samej usługi zakończenia połączenia w sieci.

Podział na trzy okresy taryfikacyjne i właściwe dla nich opłaty za zakańczanie połączeń jest powszechnie przyjmowany w umowach zawieranych przez (...) z innymi operatorami alternatywnymi. Leży również w interesie użytkowników

końcowych. Jak wyżej wskazano, z taką oceną godził się również zainteresowany w piśmie z dnia 28 marca 2011 r. złożonym w postępowaniu konsultacyjnym. Takie rozwiązanie zostało uznane za słuszne, sprawiedliwe i chroniące interesy obu stron umowy również przez Prezesa URE w decyzji zatwierdzającej ofertę R. (...) i Ofertę (...).

W tej sytuacji tym bardziej za trafne należało więc uznać zarzuty powoda o niezgodności zaskarżonej decyzji ze Stanowiskiem Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie symetrii stawek oraz Zaleceniami K.E. z dnia 7 maja 2009r. w sprawie stawek MTR i FTR. Okoliczności tej nie można było pominąć przy rozpoznawaniu odwołania w niniejszej sprawie nawet jeżeli wymienione akty prawne nie mają mocy wiążącej. Wytyczają one bowiem zasady budowy zrównoważonego rynku usług telekomunikacyjnych i ze względu na interesy użytkowników końcowych nie powinny być pomijane przez Prezesa UKE przy wydawaniu decyzji kształtującej zasady rozliczeń pomiędzy dwoma konkretnymi operatorami telekomunikacyjnymi telefonii stacjonarnej.

W ocenie Sądu utrzymywanie asymetrii stawek FTR po upływie okresu przejściowego, który jednak powinien być zachowany, nie może być uzasadnione znaczną różnicą potencjałów ekonomicznych (...) i (...). Byłoby to sprzeczne nie tylko z ogólnymi tendencjami do wprowadzania stawek symetrycznych ale również niezasadne z uwagi na wieloletnią działalność zainteresowanego na rynku usług telefonii stacjonarnej oraz stwierdzoną decyzją Prezesa UKE, znaczącą pozycję (...) na rynku zakańczania połączeń w sieci tego operatora.

Odnosnie zawartego w odwołaniu wniosku powoda o zmianę decyzji poprzez wprowadzenie symetrycznego modelu stawek FTR pomiędzy (...) i (...), zdaniem Sądu Okręgowego, należało zgodzić się z przedstawioną w tym zakresie w zaskarżonej decyzji argumentacją Prezesa UKE, przemawiającą przeciw przyjęciu obecnie tego rozwiązania. Podkreślić należy, że na (...) nie zostały jednak nałożone obowiązki regulacyjne określone w art. 39 i 40 Pt. Przyjęcie symetrycznego modelu rozliczeń ruchu międzysieciowego prowadziłoby w tej sytuacji do nałożenia na operatorów alternatywnych obowiązku pobierania opłat za zakańczanie połączeń ustalonych po kosztach operatora zasiedziałego bez uwzględnienia ponoszonych przez tych operatorów, w tym (...), wyższych kosztów własnych. Takie rozwiązanie promowałoby operatora zasiedziałego i mogłoby wywołać antykonkurencyjne skutki na rynku.

W świetle powyższego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Prezesa UKE, które nie różniło się od argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu decyzji, należało uznać za niezasadne. Jak wynika z treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 maja 2012 r. sygn. akt VI ACa 1471/11, przedstawionego w toku postępowania odwoławczego przez powoda, również powoływanie się w odpowiedzi na nieprawomocny wyrok tutejszego sądu w sprawie sygn. akt XVII AmT 23/11, który został zmieniony wskazanym wyrokiem, nie było skuteczne.

Przedstawione w odpowiedzi na odwołanie stanowisko (...) należało w ocenie Sądu uznać za niezasługujące na uwzględnienie. Wbrew wyrażonej przez zainteresowanego opinii treść zaskarżonej decyzji, w szczególności przyjęcie do rozliczeń jednej, najwyższej stawki opłat, stosowanej dla okresu taryfikacyjnego O1 jest niezgodne z deklaracją przedstawioną w Stanowisku Prezesa UKE z 16 grudnia 2008 r. Jak wynika z projektu aneksu złożonego przez zainteresowanego przy wniosku do Prezesa UKE o zmianę Umowy stron, zaproponowany przez (...) model rozliczeń międzyoperatorskich zakładał wprowadzenie jednego okresu taryfikacyjnego z płaską stawką rozliczeniową ze strony (...) na rzecz (...), ze zbyt wysoką asymetrią stawek i nie określał terminu osiągnięcia symetrii stawek FTR. Zatem należy stwierdzić, że również treść pierwotnie złożonego przez (...) wniosku nie była zgodna ze wspomnianym Stanowiskiem.

Zawarte w pkt 1.3 odwołania żądanie powoda dotyczyło zastosowania stawki określonej w zatwierdzonej przez Prezesa UKE Ofercie (...), przy uwzględnieniu opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) odpowiednio w trzech okresach taryfikacyjnych O1, O2 i O3, a nie odpowiedniej dla jednego okresu taryfikacyjnego, w najwyższym poziomie tej stawki przez okres całej doby. Z tego względu za błędne należało uznać stanowisko zainteresowanego, że w treści zaskarżonej decyzji Prezes UKE słusznie odniósł asymetrię do stawki uregulowanej w obowiązującej ofercie ramowej.

W analogiczny sposób należało ocenić zarzuty zainteresowanego oparte na braku mocy wiążącej Zaleceń KE w kontekście dochodzenia do symetrii stawek FTR. Przy wydawaniu decyzji dotyczącej rozliczeń pomiędzy dwoma operatorami (...) nie można pominąć doniosłego znaczenia dokumentu, jakim są Zalecenia KE, bez

podania konkretnych argumentów na uzasadnienie braku konieczności wprowadzenia symetrycznych stawek w ich wzajemnych rozliczeniach z tytułu zakańczania połączeń w ich sieciach.

Odnosnie zarzutu zainteresowanego, iż powód nie udowodnił zmiennej charakterystyki ruchu wskazać należało, że wobec przyjęcia w zaskarżonej decyzji modelu odbiegającego od przedstawionego w Stanowisku to na pozwanym spoczywał obowiązek przedstawienia dowodów dotyczących równomiernego rozkładu ruchu. Twierdzenia powoda dotyczące występowania zbliżonego poziomu ruchu w sieci spółek (...) w okresach taryfikacyjnych O1 i O3 oraz wyraźnie mniejszego ruchu w okresie O2 nie były kwestionowane przez zainteresowanego w postępowaniu poprzedzającym wydanie zaskarżonej decyzji. Z uwagi na to oraz w sytuacji, gdy różnica pomiędzy treścią decyzji i Stanowiskiem Prezesa UKE oraz Ofertą (...) nie wymagała udowodnienia, przedstawianie dodatkowych dowodów dotyczących rozkładu ruchu nie miało decydującego znaczenia dla oceny zaskarżonej decyzji.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem (...), że Prezes UKE mógł wydać decyzję zgodną z Informacją opublikowaną przez zainteresowanego. Wskazane we wniosku (...) o wydanie decyzji stawki FTR są znacznie wyższe od określonych w decyzji. Odwołują się do stawek, które zostały ustalone w Ofercie (...) i które Zainteresowany płaci powodowi za usługę zakańczania połączeń w sieci (...).

Przedstawione w dalszych pismach procesowych przez zainteresowanego nowe zarzuty i dowody, z uwagi na treść art. 479¹⁴ § 2 kpc, mającego zastosowanie w niniejszej sprawie, należało uznać za objęte prekluzją dowodową i z tej przyczyny nie podlegające uwzględnieniu przy rozpoznawaniu sprawy.

W odwołaniu powód nie postawił zarzutu nieważności zaskarżonej decyzji z uwagi na niedopełnienie przez pozwanego obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego przed wydaniem decyzji.

Analizując z urzędu, czy powyższa okoliczność miała wpływ na ocenę zaskarżonej decyzji, Sąd Okręgowy miał na uwadze dotyczące tej kwestii stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, wyrażone w wydanym w niniejszej sprawie postanowieniu w zw. z zażaleniem na postanowienie o zawieszeniu postępowania. W postanowieniu z dnia 21 sierpnia 2014 r. Sąd Apelacyjny stwierdził, że skoro art. 15 pkt 3Pe, od którego treści uzależnione jest istnienie obowiązku konsolidacyjnego, został uchylony ustawą z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 21 grudnia 2012 r., poz. 1445) i przestał obowiązywać z dniem 21 stycznia 2013 r., to obecnie, nawet w sytuacji gdyby sąd rozpoznający odwołanie uznał, że organ regulacyjny winien był przed wydaniem zaskarżonej decyzji przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne, nie miałby podstawy do ewentualnego uchylenia decyzji, bowiem z uwagi na aktualną treść art. 18 ust.1 w zw. z art. 15 Pt w obecnym stanie prawnym nie istnieje obowiązek przeprowadzenia ani postępowania konsultacyjnego, ani postępowania konsolidacyjnego w sprawie dotyczącej dostępu telekomunikacyjnego określonego w art. 28 – 30 Pt.

W tym samym postanowieniu Sąd Apelacyjny wskazał, że podniesiony w sprawie zarzut braku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego był sprekludowany.

Sąd Okręgowy, rozpoznając odwołanie przyjmując wyrażone w sprawie stanowisko Sądu Apelacyjnego za wiążące i w zw. z tym uznał, iż w sprawie nie było podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy uznał za zasadne częściowe uwzględnienie odwołania i na podstawie art. 479⁶⁴ § 2 kpc orzekł jak w sentencji.

Wydając wyrok w niniejszej sprawie Sąd uwzględnił stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie przyjęte w niepublikowanym wyroku z dnia 10 maja 2012r. sygn. akt VI ACA 1471/11 dotyczącym analogicznej decyzji Prezesa UKE, znanym Sądowi z urzędu.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 kpc stosowanie do wyniku sporu.

SSO Witold Rękosiewicz